Government of Canada | Gouvernement du Canada

Amending the *Competition Act*

A Discussion Paper on

Meeting the Challenges of the Global Economy

April 2000

Canada

COMPETITION BUREAU

Industrie Canada Industry Canada
http://strategis.ic.gc.ca

Commissaire de la concurrence
Commissioner of Competition

Bureau de la concurrence
Competition Bureau

Place du Portage I
50, rue Victoria
Hull (Québec)
K1A 0C9

Place du Portage I
50 Victoria Street
Hull, Québec
K1A 0C9

Télécopieur-Facsimile
(819) 953-5013
Téléphone-Telephone
(819) 997-3301

APR 14 2000

Dr. David Zussman
President
Public Policy Forum
1405-130 Albert Street
Ottawa ON
K1P 5G4

Dear Dr. Zussman:

The Minister of Industry, the Honourable John Manley, has asked me to launch a national, multi-sectoral consultation with stakeholders on possible amendments to the *Competition Act*. I am asking you, at the Public Policy Forum, to lead these consultations on our behalf and to prepare a report on the discussions and on the written submissions that you will receive from interested stakeholders.

Four Private Members' Bills addressing various issues in relation to the *Competition Act* and the *Competition Tribunal Act* were recently tabled in Parliament. The attached discussion paper has been prepared to help focus discussion on the key changes that are being proposed. The four private members' bills are annexed to the paper for comment and to illustrate how the proposals in the discussion paper might be written into law.

...2

Canada

If there is broad public support, the Minister will consider the scope for government legislation which meets the spirit of the proposed improvements and anticipates the needs of enforcement in the changing global marketplace.

I look forward to receiving your report, planned for public release at the end of August 2000.

Yours sincerely,

Konrad von Finckenstein, Q.C.

Enclosure(s)

INTRODUCTION

Legislation which provides the marketplace framework for an efficient and productive economy must keep pace with the rapidly changing global economy. The *Competition Act* is part of Canada's marketplace framework legislation, aimed at encouraging competition to the benefit of both business and consumers, giving small and medium businesses an equitable chance to participate fairly in the economy and making Canada an attractive place to invest.

Learning from the last major reform of the *Competition Act*, in1986, the Competition Bureau has taken an incremental approach to amending its legislation. Last year saw the enactment of Bill C-20 whose amendments made deceptive telemarketing a criminal offence, streamlined the merger review process through changes to merger prenotification requirements, and created a civil process as a faster and more effective means of putting a stop to misleading advertising and other deceptive marketing practices.

In line with this policy of continuous legislative renewal, the Bureau has been considering the kind of changes that would be desirable for the next round of amendments to meet the challenges of the changing economy. However, recent public interest in competition and the effectiveness of the *Competition Act* has led to pressures for further, more immediate changes, notably those in the four Private Members' bills which are annexed to this discussion paper.

These four Private Members' bills, recently tabled in the House of Commons, propose a number of changes that are consistent with the kind of changes the Competition Bureau has advocated over the last two years and which it intended to put forward in its next round of consultations. Consequently the Bureau supports the principles set out in the Private Members' bills. Competition legislation is complex, however, and the proposals have not been the subject of public discussion or formal consultations.

The Competition Bureau is unequivocally committed to the consultative process as an indispensable part of its legislative development. At the request of the Minister of Industry, the Commissioner of Competition has launched consultations on the legislative changes in these bills with a view to hearing from stakeholders. If there is broad public support for the principles behind these proposals, the Minister will consider the scope for developing government legislation which meets the spirit of the proposed improvements and anticipates the needs of enforcement in the changing global marketplace.

THE FOUR PRIVATE MEMBERS' BILLS

Bill C-438 (Ms. Redman), *An Act to amend the Competition Act (game of chance)*

- Bill C-438 deals with Canadians' concerns about deceptive contests sent through the mail and would introduce an enforcement approach similar to the *Competition Act*'s provisions against deceptive telemarketing.

Bill C-402 (Mr. McTeague), *An Act to amend the Competition Act (abuse of dominant position)*

- Bill C-402 provides specific examples of anti-competitive acts of particular relevance to the grocery and other retail markets, to be added to the illustrative list of anti-competitive acts in the abuse of dominance provisions of the *Competition Act*.

Bill C-471 (Ms. Jennings), *An Act to amend the Competition Act (international mutual assistance and references) and the Competition Tribunal Act (references)*

- Bill C-471 would provide for a regime for international mutual cooperation to facilitate enforcement of competition law. It also proposes the use of references to allow some key issues to be referred to the Competition Tribunal for an early decision, possibly avoiding the need for a full review.

Bill C-472 (Mr. McTeague), *An Act to amend the Competition Act (conspiracy agreements and right to make private applications), the Competition Tribunal Act (costs and summary dispositions) and the Criminal Code as a consequence*

- Bill C-472 proposes amendments to respond to the changing business and enforcement environment:
  - modernizing the conspiracy provisions to improve their effectiveness against anti-competitive agreements while avoiding discouraging legitimate strategic alliances;
  - giving individuals access to the Competition Tribunal for refusal to deal, exclusive dealing, tied selling and market restriction;
  - broadening the powers of the Competition Tribunal to include cost awards and summary dispositions; and
  - introducing cease and desist powers to allow the Commissioner of Competition to deal with abuse of dominance (as have been introduced for airlines).

THE PRIVATE MEMBERS' BILLS

Private Members' Public Bills are legislative initiatives affecting the general public and sponsored by a Member of Parliament who is not a Minister of the Crown.

The four bills introduced by Members of Parliament Dan McTeague, Karen Redman and Marlene Jennings are described briefly in the preceding chart.

RATIONALE BEHIND THE PROPOSED AMENDMENTS

The four Private Members' initiatives would contribute to the Government's productivity agenda in five important ways:

1. Illustrating abuse of dominance
2. Informing consumers
3. Facilitating cooperation between competition authorities
4. Providing for better dispute resolution
5. Facilitating strategic alliances and improving the investment climate.

1. Illustrating Abuse of Dominance in Retail Markets

Small businesses are increasingly concerned about current trends in the structure of the retail and distribution marketplace and the potential for the abuse of market power when markets, both domestic and international, are dominated by a few large firms.

- The Competition Bureau already has the tools to stop the abuse of a firm's dominant position (section 79 of the *Competition Act*). Bill C-402 would add to the examples provided in section 78 of the Act which illustrate the kind of behaviour that constitutes anti-competitive acts for the purposes of the abuse of dominance provisions. These examples are particularly relevant to the grocery and other retail markets. This amendment would be of direct benefit to small businesses and would help protect consumers from the higher prices which tend to follow abuse of dominance in a market.

2. Informing Consumers

Consumers depend on accurate information to make informed decisions in the marketplace. Deceptive practices hurt the consumers who are prey to such scams and hurt businesses which compete legitimately and fairly. Measures to prevent deceptive telemarketing were introduced in the last round of amendments to the *Competition Act*. The current proposal would introduce measures to protect consumers from scams sent through the mail.

- Bill C-438, endorsed by the House of Commons Standing Committee on Industry on April 10, would prohibit sending deceptive contests through the mail -- printed material that gives the recipient the general impression that he or she has won a prize but must first make a payment of a sum of money or incur telephone charges.

3. Facilitating Cooperation between Competition Authorities

With continuing technological change and falling trade barriers accelerating the globalization of markets, the Competition Bureau has a pressing need to improve its tools to deal with anti-competitive conduct that spills across borders.

Measures are already in place to allow enforcement agencies in different countries to exchange information on criminal matters[1] but the *Competition Act* also deals with civil matters, such as merger review and abuse of dominance. There are no measures in place that will permit an agreement for the exchange of evidence on civil matters. International cooperation among competition agencies, especially between Canada and its main trading partner, the United States[2], is urgently needed to strengthen the tools to promote competition in an integrated North American marketplace and in international markets more generally.

- Bill C-471 would provide enabling legislation to allow the Minister of Industry to enter into mutual legal assistance agreements allowing for the exchange of evidence between competition authorities on civil matters.

---

[1]The *Mutual Legal Assistance in Criminal Matters Act* (MLACMA) is the enabling legislation which allows Canada to enter into a Mutual Legal Assistance Treaty with a foreign country to cooperate on criminal matters.

[2]The United States has enabling legislation for mutual cooperation on all competition matters, civil and criminal, in its *International Antitrust Enforcement Assistance Act* (IAEAA).

Such powers to cooperate would necessarily be subject to restrictions and controls to strike the right balance between the need to maintain confidentiality and a meaningful reciprocal exchange of information between antitrust agencies.

4. Better Processes for Dispute Resolution

a. Private rights of access to the Competition Tribunal

Currently only the Commissioner can refer cases to the Competition Tribunal: individuals cannot apply to the Tribunal for remedies on civil matters. If the Commissioner decides not to pursue a complaint, or if, on conducting an investigation, he decides not to refer a matter to the Competition Tribunal (as its impact on competition is minimal and does not warrant public intervention), the complainant cannot take up the case on his own behalf.

Private rights of access to the Competition Tribunal would complement public enforcement and increase the deterrent effect of the law by providing individuals with the right to take action on their own behalf, if they choose to do so. Private cases would have the added advantage of building up much needed case law. (Apart from mergers, there have been only nine cases contested before the Competition Tribunal in the 14 years since it was established.). Additional jurisprudence improves the review process over the longer run and gives the business community a clearer understanding of how the law applies.

- Bill C-472 would introduce private rights of access to the Competition Tribunal for the provisions which deal essentially with private matters between buyers and their suppliers – namely sections 75 and 77 (refusal to deal and tied selling, market restrictions and exclusive dealing).

- Bill C-472 also provides four safeguards against strategic or frivolous litigation:

  - There will be no power to award damages;

  - The Competition Tribunal would act as gatekeeper. Cases could only be brought with leave of the Tribunal, allowing it to screen out cases which do not appear to have merit;

  - The Tribunal would be given the power to award court costs, an effective means to discourage frivolous cases and discipline strategic litigation (this discretion to award costs would apply for all cases, not just private actions);

- The power to summarily dispose of a matter would allow the Tribunal to bring cases to a close quickly, if warranted (summary dispositions would be available for all cases, not just private access).

This initiative to introduce private rights of action for sections 75 and 77 does not mean that the Competition Bureau would withdraw from enforcing these particular provisions. It will continue to take cases that meet its criteria for enforcement priorities (for example, those cases where the conduct in question has a significant impact on competition generally, rather than those where the effects are largely private)[3].

As a practical matter, the success of private action depends on improving the efficiency of current review process. Cost is a factor in any private decision to litigate and, while not necessarily typical of the kind of cases that would be taken on privately, past cases before the Tribunal have sometimes proved to be slow and expensive[4]. The Private Members' bills' proposals for references and cost awards could improve efficiency in both time and expense for all parties, helping to make private access a feasible option for small businesses.

b. References

Cases before the Tribunal require substantial preparation and resources for parties on both sides. The outcome may depend on a single key issue, such as the definition of the market in question, that might have been anticipated as pivotal to the case. An early ruling on such an issue, before deciding on whether to proceed with a case, or whether to contest it, could save all parties considerable time and expense.

- Bill C-471 proposes the use of references to allow some key questions to be referred to the Competition Tribunal on consent of both parties for a decision, thereby hopefully avoiding the need for a full review.

---

[3]See *International Comparative Analysis of Private Rights of Access,* by R. Jack Roberts, for a comparison of the international experience with private action on competition matters (available on the Competition Bureau's website http://competition.ic.gc.ca)

[4]*Study of the Historical Cost of Proceedings Before the Competition Tribunal*, by Richard M. Wise, FCA and Sheri-Anne Doyle, CA (Wise, Blackman) (available on the Competition Bureau's website)

c. Cost Awards and Summary Dispositions

Unlike most courts and tribunals, the Competition Tribunal does not have the power to award costs. The discretion to award court costs could be a valuable tool to discipline and deter frivolous action and avoid long and protracted cases. Costs could be awarded, for example, against parties who used interlocutory actions or an unreasonable number of witnesses as delay tactics.

- Bill C- 472 would give the Competition Tribunal the power to award court costs in all its proceedings, including mergers. Costs of a proceeding, or a step in a proceeding, could be awarded against any party, including intervenors and the Crown, at the discretion of the Tribunal.

A further proposed improvement to the Tribunal process would provide for summary dispositions to bring a case to an early close if there appears to be no merit in the application or if there appears to be no genuine defence.

- Bill C-472 would provide for a single judicial member of the Tribunal to summarily dispose of a matter on the application of a party.

d. Cease and Desist Powers

Speed is becoming enormously important in the global, knowledge-based marketplace. The current enforcement process provides for the Competition Tribunal to issue remedial orders after it has undertaken a full review. Where abuse of dominance is concerned, the victims of the anti-competitive conduct may well have gone out of business before the issue is resolved. Effective enforcement of competition in today's rapidly changing economy calls for powers to put an immediate temporary stop to anti-competitive conduct by a firm alleged to be abusing its dominance in a market, instead of having to wait until the case can be reviewed by the Tribunal. Such powers have recently been introduced to allow the Commissioner to deal with abuse of dominance in the airlines sector[5].

- Bill C-472 would introduce new cease and desist powers to allow the Commissioner of Competition to deal swiftly with alleged abuse of dominance matters in all sectors of the economy which are subject to the *Competition Act.*

---

[5]The Bureau consulted with the Department of Justice to ensure that these powers set out in Bill C-26 (*An Act to amend the Canada Transportation Act, the Competition Act, the Competition Tribunal Act and the Air Canada Public Participation Act and to amend another Act in consequence*) are consistent with the *Charter of Rights and Freedoms.*

The question that needs to be examined is whether the airlines sector is a special case, or whether the same considerations can and should be applied to all sectors.

5. Facilitating Strategic Alliances and Improving the Investment Climate

In pursuit of new markets, Canadian businesses are developing close ties with other firms, to gain access to technologies, to cooperate in research and development and to achieve economies in marketing and supplier arrangements, among other benefits. Such strategic alliances allow small and medium sized firms to compete more effectively in global markets.

The *Competition Act*'s criminal conspiracy provision (section 45) prohibits agreements which prevent or unduly lessen competition. Price-fixing and market-sharing among competitors are the kind of egregious behaviour which this criminal provision is meant to catch. However, criminal sanctions are severe and may unintentionally discourage some business people from entering into arrangements which cause no harm to consumers or which are, in fact, pro-competitive.

Both consumers and industry benefit from competition laws that are effective in prohibiting behaviour that is unequivocally anti-competitive. They also stand to gain if such laws provide the clarity and certainty that the business community needs to compete effectively, through joint ventures or other types of legitimate strategic alliances, without fear of criminal sanctions. To this end, the *Competition Act* can be improved and strengthened by drawing a clearer line between egregious criminal behaviour to be caught by the conspiracy provisions and arrangements among competitors whose effects might be better assessed under civil law.

- Bill C-472 would amend section 45 to create a *per se* prohibition[6] against arrangements to fix prices, allocate markets, restrict production or supply, or engage in boycotts targeted at competitors;

- A companion civil provision would be introduced under which the Commissioner could seek a remedial order from the Tribunal to deal with arrangements which substantially lessen competition but do not amount to price-fixing, market allocation, output restrictions or boycotts; and

- Businesses proposing an arrangement would be able to apply to the Commissioner for clearance in respect of prospective strategic alliances, removing uncertainty about whether they would face prosecution or civil action if they were to proceed with the arrangement. A clearance certificate issued by the Commissioner would normally be valid for three years.

---

[6]A *per se* offence is illegal in itself, regardless of its effects or justification.

HEARING FROM STAKEHOLDERS

In summary, the four Private Members' bills discussed in this paper include measures which the Competition Bureau believes would improve the *Competition Act* and its administration in facing the challenges of the global marketplace. Indeed, the principles behind the proposed amendments reflect the kind of changes the Bureau has been advocating during the last two years. The draft bills attached to this discussion paper illustrate how such principles might be written into law.

The Minister is not ready to move ahead with proposals for legislative change until he has heard from stakeholders -- consumers, the small, medium and large business communities, the legal and academic community and any other group or individual who wishes to contribute to the discussion. Your views are invited on both the principles and the details of how they should be framed into legislation.

Finally, with more than a year's experience since the last amendments came into effect, these consultations also offer an opportunity to invite your suggestions on housekeeping amendments that may be required relating to the new provisions of the Act, such as the new merger provisions, the civil track for misleading advertizing, and the new criminal provisions against deceptive telemarketing, among other things.

Comments on the proposals may be sent electronically (check the Public Policy Forum website at http://ppforum.com), by fax to the Public Policy Forum at (613) 238-7990, or by mail to:

Competition Act Consultations
Public Policy Forum
1405-130 Albert Street
Ottawa, Ontario
K1P 5G4

Gouvernement du Canada | Government of Canada

Modifications à la *Loi sur la concurrence*

Document de travail

Répondre aux besoins d'une économie en changement

Avril 2000

Canada

BUREAU DE LA CONCURRENCE

Industrie Canada Industry Canada

Commissaire de la concurrence
Commissioner of Competition

Bureau de la concurrence
Competition Bureau

Place du Portage I
50, rue Victoria
Hull (Québec)
K1A 0C9

Place du Portage I
50 Victoria Street
Hull, Québec
K1A 0C9

Télécopieur-Facsimile
(819) 953-5013
Téléphone-Telephone
(819) 997-3301

APR 14 2000
AVR

Dr. David Zussman
Président
Le Forum des politiques publiques
Suite 1405, 130 rue Albert
Ottawa, Ontario
K1P 5G4

Monsieur,

Le ministre de l'Industrie, l'honorable John Manley, m'a demandé de lancer une consultation nationale et multisectorielle avec les intervenants concernant des modifications possibles à la *Loi sur la concurrence*. Je demande au Forum des politiques publiques de diriger ces consultations en notre nom et de préparer un rapport des discussions et des observations écrites que vous recevrez des intervenants.

Les quatre projets de loi d'initiative parlementaire traitant de diverses questions reliées à la *Loi sur la concurrence* et à la *Loi sur le Tribunal de la concurrence* ont été déposés récemment au Parlement. Nous avons préparé le document de travail ci-joint pour faciliter les discussions sur les questions clés qui ont été proposées. Les quatre projets de loi d'initiative parlementaire sont annexés au document pour commentaire et ils démontrent la façon dont les propositions contenues dans le document de travail pourraient être libellées.

S'il y a un grand appui de la part du public, le ministre considérera la possibilité de les inclure dans un projet de loi gouvernemental qui respecterait l'objet des améliorations proposées et qui prévoirait les besoins de mise en application dans un marché mondial en mutation.

.../2

Canada

J'attends votre rapport que nous prévoyons rendre public à la fin du mois d'août 2000.

Veuillez agréer l'expression de mes sentiments dévoués.

Konrad von Finckenstein, c.r.

Pièces jointes

INTRODUCTION

Les lois cadres régissant le marché pour promouvoir une économie efficace et productive doivent suivre l'évolution accélérée de l'économie mondiale. La *Loi sur la concurrence* fait partie du cadre législatif régissant l'économie canadienne; elle vise à favoriser la concurrence dans l'intérêt des entreprises et dans celui des consommateurs, en donnant aux petites ou moyennes entreprises leur juste chance de participer équitablement à l'économie et en faisant en sorte que les investisseurs soient attirés au Canada.

Fort de l'expérience acquise lors de la dernière réforme en profondeur de la *Loi sur la concurrence*, réalisée en 1986, le Bureau de la concurrence a opté pour l'approche graduelle en matière de modification législative. L'année dernière, par exemple, le Parlement a adopté le projet de loi C-20, lequel a créé l'infraction criminelle de télémarketing trompeur, a simplifié le processus d'examen des fusionnements en apportant des changements aux exigences de préavis de fusionnements et a établi un régime civil visant à faire cesser plus rapidement et plus efficacement la publicité trompeuse ainsi que d'autres pratiques commerciales trompeuses.

Tout en appliquant cette politique de renouvellement législatif continu, le Bureau est à examiner les changements qu'il serait souhaitable de proposer dans le cadre de la prochaine série de modifications pour répondre aux défis d'une économie en mutation. Toutefois, des pressions résultant de l'intérêt public récent manifesté à l'égard de la concurrence et de l'efficacité de la de la *Loi sur la concurrence* se sont exercées en faveur d'autres modifications, plus immédiates, par exemple celles que proposent les projets de loi d'initiative parlementaire qui sont joints au présent document de travail.

Les changements préconisés dans ces quatre projets de loi récemment déposés devant la Chambre des communes vont dans le sens de ceux que le Bureau de la concurrence a préconisé au cours des deux dernières années et qu'il entendait soumettre lors de la prochaine série de consultations. Donc, le Bureau appuie les principes sous-jacents les projets de loi d'initiative parlementaire. La législation en matière de concurrence est un domaine complexe cependant les propositions n'ont fait l'objet d'aucun débat public et d'aucune consultation officielle.

Le Bureau de la concurrence est acquis au principe de la consultation qu'il juge essentiel au processus d'élaboration des lois. À la demande du ministre de l'Industrie, le commissaire de la concurrence a amorcé un processus de consultation au sujet des modifications proposées dans ces projets de loi afin que les intervenants puissent exprimer leurs points de vue. Si les principes à la base des propositions recueillent un vaste appui public, le ministre examinera la portée à donner à un projet de loi gouvernemental conforme à l'esprit des améliorations proposées et prévoyant les modalités d'application qui seront nécessaires dans le marché mondial en mutation.

LES QUATRE PROJETS D'INITIATIVE PARLEMENTAIRE

Le projet de loi C-438 (M^me^ Redman), *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (concours publicitaire)*

- Le projet C-438 veut répondre aux inquiétudes des Canadiennes et des Canadiens au sujet des concours trompeurs distribués par la poste et proposerait des mesures inspirées des dispositions de la *Loi sur la concurrence* interdisant le télémarketing trompeur.

Le projet de loi C-402 (M. McTeague), *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (abus de position dominante)*

- Le projet C-402 ajouterait à la liste d'agissements prévus par les dispositions de la *Loi sur la concurrence* relative à l'abus de position dominante des exemples précis d'agissements anticoncurrentiels se rapportant particulièrement au marché de l'alimentation et à d'autres marchés de détail.

Le projet de loi C-471 (M^me^ Jennings), *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (l'entraide juridique internationale et les renvois) et la Loi sur le Tribunal de la concurrence (les renvois)*

- Le projet C-471 instituerait un régime de coopération internationale visant à faciliter l'application du droit de la concurrence. Il propose également de soumettre par renvoi certaines questions clés au Tribunal de la concurrence en vue d'une décision rapide qui pourrait permettre d'éviter le recours au processus intégral d'instruction.

Le projet de loi C-472 (M. McTeague), *Loi modifiant la Loi sur la concurrence (collusion et droit des particuliers de présenter une demande), la Loi sur le Tribunal de la concurrence (dépens et procédure sommaire) et le Code criminel en conséquence*

- Le projet C-472 propose des modifications répondant à l'évolution commerciale et aux changements relativement à l'application de la loi :
  - moderniser les dispositions relatives au complot afin de réprimer plus efficacement les accords anticoncurrentiels tout en évitant de faire obstacle aux alliances stratégiques licites;
  - permettre l'accès privé au Tribunal de la concurrence en matière de refus de vendre, d'exclusivité, de ventes liées et de limitation du marché;
  - élargir les pouvoirs du Tribunal de la concurrence pour l'habiliter à adjuger les dépens et à rendre des jugements sommaires;
  - conférer au commissaire de la concurrence le pouvoir de rendre des ordonnances de ne pas faire en matière d'abus de position dominante (comme pour les lignes aériennes)

LES PROJETS DE LOI D'INITIATIVE PARLEMENTAIRE

Les projets de loi d'initiative parlementaire sont des propositions législatives, intéressant la population en général, parrainés par un député n'occupant pas un poste de ministre.

Le tableau ci-dessus décrit brièvement les quatre projets de loi déposés par les députés Dan McTeague, Karen Redman et Marlene Jennings.

RAISON D'ÊTRE DES MODIFICATIONS PROPOSÉES

Ces quatre projets de loi soutiendraient le programme gouvernemental de productivité de cinq façons non négligeables :

1. en décrivant l'abus de position dominante;
2. en informant les consommateurs;
3. en facilitant la coopération entre les autorités en matière de concurrence;
4. en améliorant le règlement des différends;
5. en encourageant les alliances stratégiques et en améliorant le climat d'investissement.

1. Description de l'abus de position dominante dans le commerce de détail

Les tendances actuelles observées dans la structure du commerce de détail et de la distribution et les possibilités d'abus de puissance commerciale que la domination exercée par de grandes entreprises dans les marchés nationaux ou internationaux risque d'entraîner inquiètent de plus en plus les petites entreprises.

- Le Bureau de la concurrence dispose déjà des outils nécessaires pour prévenir l'abus de position dominante (art. 79 de la *Loi sur la concurrence*). Le projet de loi C-402 allongerait la liste d'exemples énoncés à l'article 78 pour décrire les comportements jugés anticoncurrentiels pour les fins de l'application des dispositions relatives à l'abus de position dominante. Ces exemples revêtent une grande pertinence dans le marché de l'alimentation et d'autres marchés du commerce de détail. Cette modification profiterait directement aux petites entreprises et contribuerait à protéger les consommatrices et les consommateurs de la hausse de prix qu'amènent souvent les abus de position dominante dans un marché.

2. Informer les consommateurs

Les consommateurs sont dépendants d'une information précise pour prendre des décisions bien informées concernant le marché. Les pratiques trompeuses causent préjudice aux consommateurs qui en sont victimes ainsi qu'aux entreprises qui se livrent à une concurrence honnête et loyale. La dernière série de modifications apportées à la *Loi sur la concurrence* comprenait des mesures visant à prévenir le télémarketing trompeur. La présente proposition introduirait des mesures protégeant les consommateurs contre les arnaques postales.

- Le projet de loi C-438 qui a été appuyé par le Comité permanent de l'industrie, le 10 avril, interdirait l'envoi de concours trompeurs distribués par la poste, c'est-à-dire des imprimés donnant l'impression générale que le destinataire a gagné un prix mais lui imposant d'abord de payer une somme d'argent ou des frais téléphoniques.

3. Faciliter la coopération entre les autorités en matière de concurrence

L'accélération de la mondialisation découlant de l'évolution technologique continue et de la disparition des entraves au commerce rend pressante la nécessité d'améliorer l'arsenal de lutte aux agissements anticoncurrentiels transfrontières dont dispose le Bureau de la concurrence.

Il existe déjà des mesures permettant aux organismes d'application de la loi de différents pays d'échanger de l'information en matière criminelle[1], mais la *Loi sur la concurrence* établit également un régime civil applicable, par exemple, aux fusionnements et aux abus de position dominante, pour lequel il n'existe aucune mesure autorisant la conclusion d'accord d'échange d'éléments de preuve. Il est urgent de favoriser la coopération internationale entre organismes antitrust, en particulier la coopération entre le Canada et son principal partenaire commercial, les États-Unis[2], afin d'optimiser l'efficacité des outils de promotion de la concurrence dans le marché nord-américain intégré et, plus généralement, dans les marchés internationaux.

---

[1] La *Loi sur l'entraide juridique en matière criminelle* (LEJMC) est le texte de loi qui permet au Canada de conclure avec d'autres pays des traités d'entraide visant la coopération relativement à des affaires relevant du droit criminel.

[2] Les États-Unis disposent d'une loi autorisant la coopération relativement à toute question de concurrence, civile ou criminelle, la *International Antitrust Enforcement Assistance Act* (IAEAA).

- Le projet de loi C-471 autoriserait le ministre de l'Industrie à conclure des accords d'entraide juridique permettant aux organismes antitrust d'échanger des éléments de preuve relativement à des affaires civiles.

Bien sûr, de tels pouvoirs seraient assortis de restrictions et de mesures de contrôle visant à permettre un échange fructueux entre des organismes antitrust tout en souscrivant à la nécessité de protéger la confidentialité.

4. Améliorer les processus de règlement des différends

a. Droit d'accès privé au Tribunal de la concurrence

À l'heure actuelle, seul le commissaire peut s'adresser au Tribunal de la concurrence. Aucun demandeur privé ne peut saisir le Tribunal d'une demande de mesures correctives en matière civile. Si le commissaire décide de ne pas donner suite à une plainte ou si, au cours d'une enquête, il décide de ne pas soumettre le dossier au Tribunal (parce que l'effet sur la concurrence est minime et ne justifie pas une intervention publique), le plaignant ne peut reprendre l'affaire à son propre compte.

En complétant le régime public d'application de la loi, le droit d'accès privé au Tribunal de la concurrence accroîtrait l'effet dissuasif de la loi en permettant aux parties privées, si elles décident de le faire, de présenter une demande. Les poursuites privées présenteraient l'avantage supplémentaire d'enrichir la jurisprudence, une source très utile du droit, ce qui, à long terme contribuerait également à l'accélération et à l'amélioration du processus d'examen (exception faite des affaires de fusionnement, seules neuf demandes soumises au Tribunal ont été contestées depuis la création du Tribunal il y a quatorze ans).

- Le projet de loi C-472 autoriserait l'accès privé au Tribunal de la concurrence relativement aux dispositions intéressant essentiellement les rapports privés entre acheteurs et fournisseurs, à savoir les articles 75 et 77 (refus de vendre, ventes liées, limitation du marché et exclusivité).

- Le projet de loi C-472 prévoit également quatre mesures de protection contre les poursuites stratégiques ou frivoles :

  - il n'y aurait aucun pouvoir d'accorder des dommages-intérêts;

  - le Tribunal de la concurrence exercerait une fonction de gardien. Les affaires pourraient être présentées seulement avec l'autorisation du Tribunal. Ceci lui permettrait d'écarter les demandes paraissant non fondées;

- le Tribunal serait habilité à adjuger des frais de cour, ce qui constituerait un moyen efficace de décourager les affaires frivoles et les poursuites stratégiques (le pouvoir discrétionnaire d'adjudication de dépens pourrait s'exercer dans toute affaire et non dans les seules poursuites privées);

- le pouvoir de rendre une décision sommaire, lorsque c'est justifié, permettrait au Tribunal de mener une affaire à terme rapidement (les décisions sommaires s'appliqueraient à toutes les affaires et non seulement dans les poursuites privées).

Cette initiative visant l'introduction de droits d'action privés relativement aux articles 75 et 77 ne signifie pas que le Bureau de la concurrence ne cesserait pas de veiller au respect de ces dispositions. Il continuera de se charger des affaires qui satisfont aux priorités qu'il s'est fixées en matière d'application de la loi (par exemple, les affaires mettant en cause un comportement ayant des répercussions importantes sur la concurrence en général par opposition aux affaires entraînant principalement des effets sur des parties privées)[3].

En pratique, pour que l'introduction du droit d'action privé remplisse son objectif, il faudra améliorer le processus d'examen actuel. Le facteur du coût jouera toujours dans la décision d'intenter ou non une poursuite et, bien que les affaires entendues antérieurement par le Tribunal ne peuvent pas nécessairement servir de point de comparaison pour les poursuites privées susceptibles d'être intentées, on ne peut manquer de constater que l'instruction en a parfois été lente et coûteuse[4]. Les propositions contenues dans le projet de loi d'initiative parlementaire relativement aux renvois et à l'adjudication des dépens permettraient d'économiser du temps et de l'argent et d'ainsi accroître l'efficacité du processus d'examen pour toutes les parties concernées et faire du droit d'action privée une option possible pour les petites entreprises.

b. Renvois

Les affaires soumises au Tribunal demandent beaucoup de préparation et de ressources de la part de toutes les parties en cause. L'issue d'une affaire peut

---

[3] Voir *Analyse comparative internationale des droits d'action privés*, de R. Jack Roberts, qui examine les expériences de divers pays relativement à l'institution de poursuites privées en matière de concurrence (disponible sur le site Web du Bureau de la concurrence, http://concurrence.ic.gc.ca).

[4] *Étude du coût historique des poursuites intentées devant le Tribunal de la concurrence*, de Richard M. Mise, FA, et Sheri-Anne Doyle, CA (Mise, Blackman), disponible sur le site Web du Bureau de la concurrence).

dépendre d'un seul élément clé, comme la définition du marché en cause, dont il pouvait être possible de prévoir la valeur déterminante. C'est pourquoi une économie substantielle de temps et d'argent pourrait être réalisée si le Tribunal statuait rapidement sur une telle question, ce qui permettrait de décider s'il y a lieu de poursuivre l'instance ou même de la contester.

- Le projet de loi C-471 propose l'utilisation des renvois afin de permettre que des questions clés soient renvoyées au Tribunal de la concurrence avec le consentement des parties dans le but d'éviter d'avoir à instruire toute l'affaire.

c. Adjudication de dépens et jugements sommaires

Contrairement à la plupart des autres tribunaux, le Tribunal de la concurrence n'a pas le pouvoir de statuer sur les dépens. Ce pouvoir discrétionnaire pourrait constituer un outil efficace pour rappeler à l'ordre ceux qui intentent des actions frivoles et pour éviter l'étirement en longueur des affaires. Le Tribunal pourrait, par exemple, condamner aux dépens les parties qui soumettent des demandes interlocutoires ou assignent un nombre déraisonnable de témoins à des fins dilatoires.

- Le projet de loi C-472 conférerait au Tribunal de la concurrence le pouvoir de statuer sur les dépens dans toutes les instances, y compris en matière de fusionnement. Toute partie devant le Tribunal, y compris les intervenants et la Couronne, pourrait être condamnée aux dépens d'une instance ou d'une étape de celle-ci, et ce à la discrétion du Tribunal.

Une autre proposition visant à améliorer le fonctionnement du Tribunal consisterait à autoriser le prononcé de jugements sommaires permettant de mettre fin précocement aux instances si la demande paraît non fondée ou si aucune défense véritable n'est présentée.

- Le projet de loi C-472 prévoit qu'une formation du Tribunal constituée par un juge pourrait décider sommairement d'accueillir une affaire suite à la demande d'une partie.

d. Pouvoir de rendre une ordonnance de ne pas faire

Le temps compte énormément dans le marché mondial axé sur le savoir. Les processus actuels d'application de la loi ne permettent au Tribunal d'octroyer de mesures correctives qu'après avoir instruit toute l'affaire. Lorsqu'il s'agit d'abus de position dominante, les victimes du comportement anticoncurrentiel peuvent très bien avoir disparu du marché avant la fin du processus. Il s'impose donc, pour faire respecter efficacement la loi dans une économie en rapide évolution, de faire immédiatement cesser, temporairement, les agissements anticoncurrentiels d'une

entreprise accusée d'abuser de sa position dominante au lieu d'attendre que le Tribunal puisse examiner l'affaire. Récemment, des pouvoirs analogues ont été dévolus au commissaire en rapport avec l'industrie du transport aérien[5].

- Le projet de loi C-472 propose l'exercice de nouveaux pouvoirs qui permettraient au commissaire de réprimer avec célérité les abus de position dominante allégués dans tous les secteurs de l'économie assujettis à la *Loi sur la concurrence*.

La question qui doit être examinée est de savoir si le secteur du transport aérien est un cas spécial ou si les mêmes circonstances peuvent ou pourraient s'appliquer à tous les secteurs.

5. Encourager les alliances stratégiques et améliorer le climat d'investissement

Désireuses d'accéder à de nouveaux marchés, des entreprises canadiennes se rapprochent d'entreprises pour accéder à des technologies, coopérer en matière de recherche et développement, et pour réaliser des économies au niveau de la commercialisation et des approvisionnements, entre autres. Grâce à de telles alliances stratégiques, les entreprises de petite ou moyenne envergure peuvent livrer une concurrence plus efficace dans les marchés mondiaux.

L'article 45 de la *Loi sur la concurrence*, la disposition criminelle visant les complots, interdit la conclusion d'accords empêchant ou réduisant indûment la concurrence. Cette disposition vise notamment à réprimer la fixation de prix et le partage de marchés entre concurrents. Elle prévoit toutefois des sanctions sévères et peut avoir l'effet non voulu de décourager des accords n'ayant aucune conséquence préjudiciable pour les consommateurs ou même des accords favorisant la concurrence.

Lorsque le droit de la concurrence réprime efficacement des agissements clairement anticoncurrentiels, les consommateurs comme les industries en bénéficient; ils ont tout à gagner, aussi, s'il peut également assurer la clarté et la certitude dont les entreprises ont besoin pour livrer une concurrence efficace au moyen de coentreprises et d'autres types d'alliances stratégiques licites, sans crainte de sanctions criminelles. Il serait possible d'améliorer et de renforcer la *Loi sur la concurrence* en établissant une distinction plus claire entre les comportements criminels que la disposition relative aux

---

[5]Le Bureau a consulté le ministère de la Justice pour s'assurer que ces pouvoirs prévus dans le projet de loi C-26 (*Loi modifiant la Loi sur les transports au Canada, la Loi sur la concurrence, la Loi sur le Tribunal de la concurrence et la Loi sur la participation publique au capital d'Air Canada et modifiant une autre loi en conséquence*) ne contredisent pas la *Charte canadienne des droits et libertés*.

complots vise à réprimer et les accords entre concurrents dont les effets s'analyseraient mieux dans le cadre du droit civil.

- Le projet de loi C-472 modifierait l'article 45 pour créer une interdiction *per se*[6] visant les accords en vue de fixer les prix, d'attribuer des marchés, de restreindre la production ou l'approvisionnement ou de boycotter des concurrents.

- Une disposition civile connexe habiliterait le commissaire à demander au Tribunal de prononcer une ordonnance corrective lorsque des accords réduisent sensiblement la concurrence mais ne viserait pas la fixation des prix, la répartition des marchés, la restriction de la production ou le boycottage.

- Les entreprises pourraient demander au commissaire d'approuver les projets d'accords concernant des alliances stratégiques qu'elles prévoient conclure, ce qui éliminerait l'incertitude quant à la possibilité qu'elles fassent l'objet de poursuites criminelles ou civiles si elles réalisent leur projet. Le certificat délivré par le commissaire serait normalement valide pendant trois ans.

LE POINT DE VUE DES INTERVENANTS

En résumé, les quatre projets de loi d'initiative parlementaire dont il est question dans le présent document proposent des mesures qui, selon le Bureau de la concurrence, amélioreraient la *Loi sur la concurrence* et en faciliterait son administration dans le contexte exigeant de l'économie mondiale. En fait, les principes à la base des modifications proposées vont dans le sens de ceux que le Bureau a préconisé au cours des deux dernières années. Les projets de loi joints en annexe illustrent comment ces principes peuvent être intégrés au droit.

Le Ministre n'envisage pas mettre de l'avant ces propositions avant d'avoir reçu les commentaires des intervenants - les consommateurs, les petites, moyennes et grandes entreprises, le milieu juridique, le milieu universitaire et tout autre groupe ou toute autre personne souhaitant prendre part au débat. Vos opinions sur les principes en jeu comme sur les détails de leur intégration au droit sont sollicitées.

Cette consultation nous offre également la possibilité, un an après l'entrée en vigueur des dernières modifications à la Loi, de vous demander votre avis sur des modifications de nature administrative qui peuvent être nécessaires au sujet des nouvelles dispositions de la Loi, telles que les nouvelles dispositions sur les

---

[6] L'infraction *per se* est illégale en elle-même, sans égard à ses effets ou à l'existence de justifications.

fusionnements, le régime civil pour la publicité trompeuse et les nouvelles dispositions criminelles visant le télémarketing trompeur entre autres.

Des commentaires sur les propositions peuvent être envoyées électroniquement (vérifier le site Web du Forum des politiques publiques à http://ppforum.com) par télécopieur au Forum des politiques publiques au (613) 238-7990 ou par courrier à :

Consultations sur la Loi sur la concurrence
Forum des politiques publiques
Suite 1405, 130 rue Albert
Ottawa, Ontario
K1P 5G4